

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad

Rozemond, N.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N., (2015). *Case note: Hoge Raad*, No. 468, Oct 13, 2015. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2015).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

NJ 2015/468: Blowverbod. De Opiumwet staat niet in de weg aan de verbindendheid van een APV-bepaling waarin een blowverbod is opgenomen.

Instantie:	Hoge Raad (Strafkamer)	Datum:	13 oktober 2015
Magistraten:	Mrs. W.A.M. van Schendel, B.C. de Savornin Lohman, J. de Hullu, H.A.G. Splinter-van Kan, Y. Buruma	Zaaknr:	14/00749
Conclusie:	A-G mr. A.J.M. Machielse		
Noot:	N. Rozemond	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:HR:2015:3031, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 13-10-2015; ECLI:NL:PHR:2015:706, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 17-02-2015; Beroepschrift, Hoge Raad, 10-07-2014; Beroepschrift, Hoge Raad, 10-06-2014 Download gedrukte versie (PDF)		

Wetgang: Art. 2, 3, 11 Opiumwet; art. 121, 149 Gemeentewet

Brondocument: HR, 13-10-2015, nr. 14/00749

Essentie

De Opiumwet stelt het enkele gebruiken van een middel als bedoeld in art. 2 en 3 van deze wet niet als zodanig strafbaar. Gelet op art. 149 Gemeentewet, inhoudende dat de raad van een gemeente de verordeningen maakt die hij in het belang der gemeente — waaronder de handhaving van de openbare orde — nodig oordeelt, en art. 121 Gemeentewet, inhoudende, kort gezegd, dat een gemeente bevoegd is tot het maken van (aanvullende) verordeningen, voor zover deze niet in strijd zijn met hogere regelingen, en in aanmerking genomen dat art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008 wat betreft bedoeld 'gebruiken' de voorschriften van de Opiumwet niet dupliceert, moet worden geoordeeld dat de Raad van de gemeente Rotterdam met betrekking tot dat verbod niet buiten zijn verordenende bevoegdheid is getreden door in art. 3.3.4 mede te verbieden het op of aan de weg, op een andere voor publiek toegankelijke plaats of in een voor publiek toegankelijk gebouw middelen als bedoeld in de art. 2 of 3 van de Opiumwet gebruiken (vgl. HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/323 en *RvS* 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9048 ten aanzien van art. 2.7 lid 2 APV Amsterdam 2008). Anders dan het middel betoogt, staat de Opiumwet in zoverre niet in de weg aan de verbindendheid van deze APV-

Partij(en)

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 6 februari 2014, nummer 22/000720-13, in de strafzaak tegen H. Adv. mr. O.J. Much, te Rotterdam.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

(zie 2.1; *red.*)

Conclusie

Conclusie A-G mr. A.J.M. Machielse:

1. Het Gerechtshof Den Haag heeft verdachte op 6 februari 2014 wegens 'overtreding van artikel 3.3.4 van de Algemene Plaatselijke Verordening Rotterdam' veroordeeld tot een voorwaardelijke geldboete ter hoogte van € 105, subsidiair twee dagen hechtenis.
2. Mr. M.C. Levy, advocaat te Rotterdam, heeft namens verdachte beroep in cassatie ingesteld. Mr. O.J. Much, eveneens advocaat te Rotterdam, heeft een schriftuur ingezonden houdende één middel van cassatie.
3. Ook mr. E.C. Kole, advocaat-generaal bij het hof, heeft beroep in cassatie ingesteld. Mr. M. van der Horst, eveneens advocaat-generaal bij het hof, heeft een schriftuur ingezonden houdende één middel van cassatie. De A-G stelt voorop dat hij zich kan verenigen met de door het hof gegeven beslissing, maar schrijft dat hij toch cassatie heeft ingesteld vanwege een bij de gemeentelijk wetgever in Rotterdam levende behoefte aan duidelijkheid. Aangezien de A-G zich in de schriftuur vervolgens keert tegen het oordeel van het hof, kan hij in het cassatieberoep worden ontvangen.^[2]
- 4.1 Het namens verdachte voorgestelde middel klaagt dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat artikel 3.3.4. van de APV Rotterdam 2008 (oud) verbindend is. Het door de A-G ingediende middel klaagt dat dit oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.
De middelen lenen zich voor gezamenlijke bespreking.
- 4.2 Ten laste van verdachte is kort gezegd bewezen verklaard dat hij op 3 oktober 2012 op of aan de weg, namelijk in een portiek aan de Ochterveltstraat, in de gemeente Rotterdam een middel als bedoeld in art. 3 Opiumwet heeft gebruikt, doordat verdachte aldaar een joint (wiet) heeft gerookt.

Het hof heeft dit feit gekwalificeerd zoals hierboven onder 1. weergegeven.

- 4.3** De tenlastelegging is toegesneden op art. 3.3.4 van de inmiddels vervallen APV Rotterdam 2008, zoals dit gold ten tijde van het ten laste gelegde en bewezenverklaarde feit. Deze bepaling maakte deel uit van paragraaf 3.3 getiteld 'Drugs' van hoofdstuk 3 'Prostitutie, Kansspelen en Drugs' en luidde:

“Openlijk drugsgebruik

Het is verboden op of aan de weg, op een andere voor publiek toegankelijke plaats of in een voor publiek toegankelijk gebouw middelen als bedoeld in de artikelen 2 of 3 van de Opiumwet of daarop gelijkende waar te gebruiken, toe te dienen, dan wel voorbereidingen daartoe te verrichten of ten behoeve van dat gebruik voorwerpen of stoffen voorhanden te hebben.”

De toelichting op dit artikel luidde, voor zover relevant, als volgt:

“Vele druggebruikers gebruiken hun (hard) drugs — of treffen daartoe voorbereidingen — in het openbaar. Dit veroorzaakt veel gevoelens van onbehagen en onveiligheid bij het publiek. Op basis van artikel 3.3.4 kan de politie overgaan tot aanhouding van de betrokken gebruikers of deze van bepaalde — bij hen favoriete — plekken wegsturen. Ook kan de politie de voorwerpen waarmee de overtreding wordt gepleegd (hulpmiddelen, drugs) strafrechtelijk in beslag nemen.”

- 4.4** Naar aanleiding van het ter terechtzitting in hoger beroep gevoerde debat over de strafbaarheid van het bewezenverklaarde feit, heeft het hof het volgende overwogen:

“De eerste vraag die in de onderhavige zaak (...) beantwoord dient te worden is in hoeverre er ruimte voor de gemeentelijke wetgever is om het ‘aanwezig hebben’ van de middelen als bedoeld in artikel 3 onder C van de Opiumwet strafbaar te stellen.

Allereerst dient voor de beantwoording van deze vraag vastgesteld te worden of in artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam dezelfde gedraging wordt gereguleerd als in artikel 3 onder C van de Opiumwet. Hiervoor is van belang of de term ‘gebruiken’ uit de APV Rotterdam op eenzelfde gedraging als de term ‘aanwezig hebben’ uit artikel 3 onder C van de Opiumwet ziet. Deze vraag moet naar het oordeel van het Hof bevestigend worden beantwoord. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 14 december 2004 (*LJN*: AR4923) heeft bepaald impliceert het roken van hasj immers het aanwezig hebben ervan, hetgeen strafbaar is gesteld in artikel 3, aanhef en onder C, in verbinding met artikel 11, eerste lid, Opiumwet. Dit betekent dat het in de onderhavige zaak ten laste gelegde roken van een joint (wiet) — gelet op de voornoemde uitspraak van de Hoge Raad — het aanwezig hebben ervan impliceert. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State komt in zijn uitspraak van 13 juli 2011 (*LJN* BR1425), onder verwijzing naar genoemd arrest van de Hoge Raad, tot hetzelfde oordeel door het gebruiken van softdrugs strafbaar te achten op grond van de Opiumwet, omdat dit het aanwezig hebben ervan impliceert. De Afdeling verwijst hierbij overigens expliciet naar de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3 van de Opiumwet, waarin is vermeld dat het ‘aanwezig hebben’ het ‘aanwenden’ van softdrugs mede omvat ([Kamerstukken II 1974/75, 13 407, nrs. 1-3](#), p. 14, 19 en 20).

De volgende vraag die beantwoord dient te worden is of artikel 3 onder C van de Opiumwet, als hogere regeling ten opzichte van artikel 3.4.4 van de APV Rotterdam, uitputtend is bedoeld.

Gelet op de wetgeschiedenis en de jurisprudentie, onder andere de Hoge Raad in zijn arrest van 19

februari 2013 (ECLI:NL:2013:BY5725), komt het Hof tot het oordeel dat artikel 3 onder C van de Opiumwet naar zijn aard niet uitputtend is bedoeld.

In beginsel bestaat er derhalve ruimte voor de gemeentelijke wetgever om aanvullend regels te bepalen ten aanzien van hetgeen is strafbaar gesteld in artikel 3, onder C van de Opiumwet. Dit moet dan echter wel vanuit een ander motief plaatsvinden.

Het hof overweegt in dit verband — mede gelet op de parlementaire geschiedenis van die wet en de uitspraak van de Hoge Raad van 17 november 1992 (HR 17 november 1992, *NJ* 1993/409) — dat de Opiumwet het belang van de volksgezondheid beschermt. Artikel 13b van de Opiumwet, dat in werking is getreden na genoemd arrest van de Hoge Raad, maakt dit niet anders. Dit artikel ziet, blijkens de hiervoor genoemde vindplaats, op de bevoegdheid die de burgemeester heeft om bestuursdwang toe te passen in de gevallen waarin in een voor het publiek toegankelijk lokaal en daarbij behorende erven middelen als bedoeld in de artikelen 2 en 3 van de Opiumwet worden verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel deze middelen daartoe aanwezig zijn. Met voor publiek toegankelijke lokalen is bedoeld op alle gelegenheden die, al dan niet met enige beperking, zoals entreegeld, vrijelijk toegankelijk zijn. Met de invoering van artikel 13b van de Opiumwet is weliswaar ten aanzien van bepaalde handelingen een bepaling met een openbaar orde motief toegevoegd, maar daarmee is niet bedoeld te bewerkstelligen dat artikel 3 (waaronder C) van de Opiumwet op zichzelf mede het belang van de openbare orde is gaan beschermen. Dit blijkt onder meer uit de Kamerstukken bij de wijziging van artikel 13b van de Opiumwet waar is opgenomen dat het motief van de Opiumwet primair blijft gericht op bescherming van de volksgezondheid ([Kamerstukken II 1996/97, 25324, nr. 3](#), p. 5).

Ten slotte overweegt het Hof in dit verband dat het bewezenverklaarde strafbare feit zich heeft afgespeeld op de openbare weg waarop artikel 13b van de Opiumwet in het geheel geen betrekking heeft.

Artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam is blijkens de tekst en de toelichting op dit artikel ingegeven uit een motief van openbare orde en beoogt daarmee een ander motief dan artikel 3 (waaronder C) van de Opiumwet.

Op grond van het vorenstaande is het hof dan ook van oordeel dat artikel 3 onder C van de Opiumwet niet in de weg staat aan de verbindendheid van artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam. Het hof acht artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam dan ook verbindend.

Hetgeen de verdediging in deze nog heeft aangevoerd, kan hieraan niet afdoen. De in dit verband door de verdediging genoemde uitspraak van de Raad van State van 13 juli 2011 (*LJN* BR1425) ziet naar het oordeel van het hof niet op de onderhavige situatie, maar op een preventief blowverbod ten aanzien van een kinderspeelplaats en een gebiedsverbod. Terwijl het in de onderhavige zaak gaat het om gepleegd overlastgevend gedrag op de openbare weg.

Ook overigens is geen omstandigheid aannemelijk geworden, die de strafbaarheid van het bewezen verklaarde uitsluit, zodat dit strafbaar is.”

- 4.5** In de namens verdachte ingestuurde schriftuur wordt gesteld dat, anders dan het hof heeft geoordeeld, art. 3, aanhef en onder C, Opiumwet wel degelijk uitputtend is bedoeld ten aanzien van het aanwezig hebben van softdrugs. Deze stelling wordt slechts onderbouwd met een verwijzing naar een tweetal uitspraken van respectievelijk de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad.^[3] Uit deze arresten kan de geponeerde stelling echter niet

worden afgeleid. De uitspraak van de Afdeling betreft immers niet de bepaling die hier in het geding is, het aanwezig hebben van softdrugs zoals bedoeld in art. 3, aanhef en onder C, Opiumwet, maar slechts het voorschrift van art. 3, aanhef en onder B, Opiumwet, te weten kort gezegd de teelt, bereiding en/of verkoop daarvan. En in tegenstelling tot de betrokken stelling, behelst het arrest van de Hoge Raad juist dat (onder meer art. 3 van) de Opiumwet op zichzelf beschouwd niet in de weg staat aan de verbindendheid van een APV-bepaling die de voorschriften van de Opiumwet niet dupliceert.

- 4.6** Een ondersteuning voor de geponeerde stelling kan wel worden gevonden in de literatuur. Zo schrijft Blom: “De Opiumwet is bedoeld om uitputtend te regelen welke handelingen wel en welke niet met deze middelen mogen plaatsvinden”.^[4] Maar anders dan het woord ‘uitputtend’ doet vermoeden, betekent het feit dat de formele wetgever deze handelingen uitputtend heeft willen regelen vanuit het oogpunt van de bescherming van de volksgezondheid volgens sommigen geenszins dat de lagere wetgever geen enkele wetgevingsruimte meer heeft om een regeling te treffen die in de bescherming van een ander belang voorziet of aan een ander motief is ontsproten.^[5] De vraag is echter in hoeverre belang en motief heden ten dage nog dienst kunnen doen ter afgrenzing van de bovenkant van de bevoegdheid van de gedecentraliseerde wetgever. De Afdeling bestuursrechtspraak trekt immers een duidelijke grens: de plaatselijke regeling mag de hogere regeling niet dupliceren. Hierin zit de crux in onderhavige zaak, waarop ik hieronder in 4.8 e.v. zal terugkomen. Dat de ondergrens van de bevoegdheid van de gemeentelijke wetgever wel door belang en motief kan worden bepaald, is een andere kwestie.
- 4.7** Eerst nog iets over het wetgevingsmotief, zij het in een wat ander perspectief dan dat van de decentrale wetgever. Het namens verdachte ingediende middel betoogt namelijk verder dat, wederom anders dan het hof heeft geoordeeld, uit de wetsgeschiedenis volgt dat (art. 3 van) de Opiumwet met de invoering van art. 13b Opiumwet wel degelijk mede het belang van de openbare orde is gaan beschermen. Hierbij heeft de steller van het middel het oog op de woorden dat die uitbreiding van de Opiumwet beoogt dat rekening kan worden gehouden met de effecten van de handel in en het gebruik van drugs op het openbare leven.^[6] Nog daargelaten dat de steller van het middel bij lezing van deze zinsnede uit de Memorie van Toelichting klaarblijkelijk uit het oog verliest dat de daaraan voorafgegane zin onomwonden tot uitdrukking brengt dat door de wetwijziging het primaire motief van de Opiumwet, te weten de preventie en beheersing van de uit het drugsgebruik voortvloeiende risico's voor de gezondheid, intact blijft, acht ik de door de steller van het middel aangehaalde zinsnede reeds op zichzelf beschouwd een wel zeer wankel grondslag voor de geponeerde stelling. Andere argumenten ter onderbouwing hiervan heb ik in de schriftuur niet mogen aantreffen. De getrokken conclusie laat ik graag aan de steller van het middel, niet in het minst omdat, zoals ik reeds schreef in mijn conclusie voor HR 19 februari 2013, naar mijn oordeel aan de totstandkomingsgeschiedenis van art. 13b Opiumwet juist geen argumenten kunnen worden ontleend ter staving van het standpunt dat met de invoering van deze bepaling de strekking van de Opiumwet is uitgebreid tot het terrein van de openbare orde.^[7]
- 4.8** De uitkomst van de hierboven besproken klachten geeft echter niet de doorslag in mijn beoordeling van de juistheid van de beslissing van het hof, aangezien de onderhavige zaak staat of valt met de vraag of de gemeentelijk wetgever in Rotterdam met de verbodsbepaling van art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008 zich expliciet op het terrein van de Opiumwet heeft begeven en het absolute verbod in de formele wet om drugs aanwezig te hebben, heeft gedupliceerd. Want zoals de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State onomwonden heeft duidelijk gemaakt,

bestaat er geen ruimte voor gemeentelijke verbods- en strafbepalingen die voorschriften uit de Opiumwet dupliceren, ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag ligt.^[8.] In de toelichting op het door de A-G ingediende middel wordt de stelling ingenomen dat sprake is van zo een ongeoorloofde duplicering.

4.9 In de onderhavige zaak is dus de vraag of het ‘gebruiken’ van verdovende middelen het ‘aanwezig hebben’ daarvan, strafbaar gesteld in art. 3, aanhef en onder C, Opiumwet, dupliceert. Hierover wordt verschillend gedacht. Vincent Glerum schreef al in 2006 dat de gebruiker van drugs noodzakelijkerwijs ook de verdovende middelen die hij tot zich neemt aanwezig heeft.^[9.] In 2011 hebben Blom en Büller in het NJB echter een artikel gepubliceerd met de prikkelende titel ‘Gebruik is niet strafbaar gesteld in de Opiumwet’.^[10.] Zij bekritisieren de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425. De Afdeling heeft volgens hen selectief geshopt in de wetsgeschiedenis van de Opiumwet en komt op basis van passages uit deze memorie en op basis van HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4923 ten onrechte tot de conclusie dat het gebruik van soft drugs het aanwezig hebben daarvan omvat. De Afdeling verwijst alleen naar de memorie van toelichting, waarin de Minister schrijft dat het voorgestelde ‘aanwezig hebben’ het tot dan toe strafbaar gestelde ‘aanwenden’, vaak aangeduid als ‘gebruiken’, omvat, maar er is méér volgens deze auteurs. Deze onderdelen van de memorie van toelichting riepen immers vragen op bij leden van de Tweede Kamer. Een aantal leden van de Tweede Kamer sprak zijn teleurstelling er over uit dat het gebruik, dat eerst als aanwenden strafbaar was, ook als ‘aanwezig hebben’ strafbaar zal blijven. Ook rees de vraag of strafbaar is degene bij wie het gebruik van drugs wordt aangetoond door een lichamelijk onderzoek zonder dat deze persoon enigerlei drugs in zijn bezit heeft.^[11.] De Minister antwoordde dat in de meeste gevallen bij de gebruiker een kleine hoeveelheid van het middel wordt aangetroffen en dat het strafbaar stellen van aanwenden/gebruiken derhalve overbodig is. Het is niet de bedoeling aan de term ‘aanwezig hebben’ zo een ruime uitleg te geven dat daaronder ook ‘gebruik’ valt. Een gebruiker is niet strafbaar als bij hem geen bezit van middelen kan worden vastgesteld.^[12.] Blom en Büller beklemtonen deze uitlatingen waarop de Afdeling geen acht heeft geslagen. Maar ook hun weergave kan nog een aanvulling gebruiken om tot een goed begrip van de verhouding tussen gebruiken en aanwezig hebben te geraken. Volgens de Minister verplicht het Enkelvoudig Verdrag van New York niet tot strafbaarstelling van het gebruik. De Minister ging nader in op de vraag of het Enkelvoudig Verdrag het aan de lidstaten vrij laat om het bezit voor eigen gebruik uit de sfeer van het strafrecht te halen. De Minister verdedigde de stelling dat het Enkelvoudig Verdrag niet is opgesteld met de bedoeling om de gebruiker te straffen en dat daarom artikel 36 van het Verdrag ook niet de strekking heeft lidstaten te verplichten tot strafbaarstelling van het bezit voor eigen gebruik. Maar artikel 4 van het Verdrag verplicht partijen wel om gebruik en bezit van verdovende middelen te beperken tot geneeskundige en wetenschappelijke doeleinden. Artikel 33 van het Verdrag verbiedt het de Staten om het bezit van drugs toe te laten buiten de gevallen waarin het bezit is toegelaten voor medische en wetenschappelijke doeleinden. Het Enkelvoudig Verdrag verplicht dus niet tot strafbaarstelling van het bezit voor eigen gebruik, maar anderzijds mogen de lidstaten geen bezit toestaan als dat geen geneeskundige of wetenschappelijke doeleinden dient. Welnu, in Nederland is ontneming van bezit van drugs enkel mogelijk door inbeslagneming, verbeurdverklaring en onttrekking aan het verkeer. En daarvoor is een strafbaar feit nodig. Het Enkelvoudig Verdrag laat geen ruimte voor een volledige decriminalisering van het bezit voor

^[13.]

eigen gebruik.^[13.] Het komt er dus op neer dat het gebruikt hebben, het onder invloed zijn van drugs niet strafbaar is gesteld, maar dat het voorhanden hebben om te gebruiken in het Nederlandse recht wel strafbaar moest worden gesteld om te kunnen voldoen aan de verdragsverplichting om het bezit van drugs aan banden te leggen. Ook het aanwezig hebben van wat men gebruikt, bijvoorbeeld tijdens het roken van een joint, valt dus onder de Opiumwet. De gemeentelijke wetgever kan er blijk van geven een conflict met de formele wetgever te willen voorkomen door in de APV-bepaling de clause op te nemen 'onverminderd het bepaalde in de Opiumwet'.^[14.]

- 4.10 Het meest recente arrest over een enigszins vergelijkbare kwestie betreft de uitspraak van 19 februari 2013,^[15.] waarin de Hoge Raad over een Amsterdamse APV-bepaling, die strafbaar stelde het zich op of aan de weg ophouden onder zodanige omstandigheden dat aannemelijk is dat dit 'zich ophouden' ten doel heeft het kopen of te koop aanbieden van (onder meer) middelen als bedoeld in de art. 2 en 3 van de Opiumwet, oordeelde dat de Amsterdamse gemeenteraad met betrekking tot dat verbod niet buiten zijn verordenende bevoegdheid is getreden en de APV-bepaling dus verbindend was. Die casus verschilt in zoverre van de onderhavige, dat het Amsterdamse verbod de mogelijkheid openlaat dat 'slechts' overlastgevend gedrag plaatsvindt zonder dat de Opiumwet daadwerkelijk wordt overtreden. De bewoordingen die de Hoge Raad voor dit oordeel gebruikt lijken mij illustratief:

"Gelet op art. 149 Gemeentewet, inhoudende dat de raad van een gemeente de verordeningen maakt die hij in het belang der gemeente — waaronder de handhaving van de openbare orde — nodig oordeelt, en art. 121 Gemeentewet, inhoudende, kort gezegd, dat een gemeente bevoegd is tot het maken van (aanvullende) verordeningen, voor zover deze niet in strijd zijn met hogere regelingen, en in aanmerking genomen dat voormeld art. 2.7, tweede lid, APV Amsterdam wat betreft bedoeld 'zich ophouden' de voorschriften van de Opiumwet niet dupliceert, moet worden geoordeeld dat de Raad van de gemeente Amsterdam met betrekking tot dat verbod niet buiten zijn verordenende bevoegdheid is getreden door in art. 2.7, tweede lid, mede te verbieden zich op of aan de weg op te houden als aannemelijk is dat dit gebeurt om middelen als bedoeld in de art. 2 en 3 van de Opiumwet te koop aan te bieden. Anders dan het middel betoogt, staat de Opiumwet in zoverre niet in de weg aan de verbindendheid van deze APV-bepaling, terwijl het Hof bij gebreke van een daarop betrekking hebbend verweer ook niet gehouden was zijn beslissing dat het bewezenverklaarde feit strafbaar is, nader te motiveren."

De door mij beklemtoonde zinsneden demonstreren mijns inziens de beperking die de Hoge Raad hier aanbrengt. Uitdrukkelijk beperkt de Hoge Raad zijn oordeel tot het onderdeel van artikel 2.7 lid 2 APV Amsterdam dat strafbaar stelt het 'zich ophouden'. Dáár is de gemeentelijke wetgever niet buiten zijn verordenende bevoegdheid getreden. Dat sluit niet uit dat andere onderdelen van artikel 2.7 APV wel op gespannen voet staan met bepalingen van de Opiumwet. Meer bepaald zou dan gedacht kunnen worden aan het verbod om te 'gebruiken'.

In zijn annotatie leest Rozemond deze overwegingen wat anders, te weten dat het kennelijk mogelijk is dat de APV gedragingen verbiedt die ook onder de Opiumwet kunnen vallen en dat naar het oordeel van de Hoge Raad de APV in zoverre niet onverbindend is. Volgens hem moet daaruit worden geconcludeerd dat zulke gedragingen op grond van artikel 2.7 lid 2 APV kunnen worden bestraft ook al kunnen zij in een specifiek geval onder de Opiumwet worden gebracht, bijvoorbeeld — zo vermoed ik — wanneer het zich ophouden onderdeel uitmaakt van een groter feitencomplex dat bijvoorbeeld als een poging tot verkoop zou kunnen worden gekwalificeerd. In abstracto is er

geen duplicering, maar in concreto kan de gedraging toch in een andere context onder de Opiumwet vallen.

In De Gemeentestem is het arrest van de Hoge Raad van 2013 kritisch becommentarieerd door Hennekens. Hij leest de Hoge Raad de les omdat de Raad ten onrechte verwijst naar artikel 121 Gemeentewet. De Opiumwet heeft betrekking op de volksgezondheid en artikel 2.7 lid 2 APV Amsterdam 2008 niet. Artikel 121 Gemeentewet slaat niet op het al dan niet dupliceren, maar op het onderwerp dat wordt geregeld.^[16.]

Dat kan wel zo zijn, maar dat neemt niet weg dat de Hoge Raad treedt in de voetsporen van de Afdeling bestuursrechtspraak van 13 juli 2011^[17.] waaruit ik nogmaals de dragende overwegingen citeer:

“2.3.De Afdeling ziet zich allereerst voor de vraag gesteld of het bepaalde in artikel 2.17, vijfde lid, van de APV zich verdraagt met de Opiumwet, in het bijzonder met het bepaalde in artikel 3, aanhef en onder C, van die wet. Laatstgenoemde bepaling verbiedt het om middelen als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst II, in het algemeen gangbaar spraakgebruik aangeduid als softdrugs, aanwezig te hebben. Overtreding hiervan is strafbaar. Naar het oordeel van de Afdeling is ook het gebruiken van softdrugs strafbaar op grond van de Opiumwet, omdat dit het aanwezig hebben ervan impliceert (vergelijk het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2004; LJN: AR4923). Steun voor dit oordeel wordt gevonden in de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 3 van de Opiumwet, waarin is vermeld dat het ‘aanwezig hebben’ het ‘aanwenden’ van softdrugs mede omvat (*Kamerstukken II 1974/75, 13 407, nrs. 1-3*, blz. 14, 19 en 20). Artikel 2.17, vijfde lid, van de APV geeft de burgemeester de bevoegdheid een gebied aan te wijzen waarin het verboden is, en op grond van artikel 6.1 van de APV strafbaar is gesteld, om softdrugs te gebruiken of openlijk voorhanden te hebben. Gelet op het vorenoverwogene zijn deze handelingen echter reeds verboden op grond van artikel 3, aanhef en onder C, van de Opiumwet, en strafbaar gesteld op grond van artikel 11, eerste lid, van de Opiumwet. Voor gemeentelijke verbods- en strafbepalingen die deze voorschriften uit de Opiumwet dupliceren bestaat, ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag ligt, geen ruimte. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat artikel 2.17, vijfde lid, van de APV in strijd is met artikel 3, aanhef en onder C, van de Opiumwet en dus verbindende kracht mist. De burgemeester was derhalve niet bevoegd om op grond van die bepaling een locatie aan te wijzen als gebied waar een softdrugsverbod geldt. Reeds hierom diende hij het tot een dergelijke aanwijzing strekkende verzoek van appellant en anderen af te wijzen. Voor een nadere, inhoudelijke beoordeling van het verzoek bestond geen ruimte.”

4.11De vraag is dus eenvoudig of het verbod in artikel 3.3.4 APV Rotterdam 2008 om middelen als bedoeld in de artikelen 2 of 3 van de Opiumwet te gebruiken het verbod van artikel 3 C Opiumwet — kort gezegd — om een middel van lijst II aanwezig te hebben, dupliceert. Maar wanneer is er sprake van zo een dupliceren? Het ligt voor de hand om daarvan te spreken als de verboden gedragingen in beide regelingen in exact dezelfde bewoordingen worden omschreven. Als bijvoorbeeld de APV het verbiedt om hasjesj aanwezig te hebben is er sprake van zo een verhouding.^[18.] Maar zo een verhouding bestaat ook als de APV zich weliswaar bedient van andere woorden maar uit de toelichting blijkt dat daarmee precies hetzelfde is bedoeld als met het bestanddeel van de hogere regeling, zij het dat bijvoorbeeld vanwege de wens om zich in de APV van uniforme uitdrukkingen te bedienen een ander woord wordt gebezigd. Denk aan het geval dat

de APV het verbiedt om drugs voorhanden te hebben, terwijl de Opiumwet spreekt van aanwezig hebben. Er kan voorts sprake zijn van een dupliceren wanneer de APV zich van bewoordingen bedient die gedragingen omschrijven die zonder uitzondering ook worden begrepen onder de ruimere aanduiding in de hogere regeling. Klaarblijkelijk is er volgens de Afdeling bestuursrechtspraak sprake van zo een dupliceren als het verbod in de hogere regeling het verbod in de lagere regeling impliceert, hetgeen volgens de Afdeling geldt voor de verhouding tussen gebruiken en aanwezig hebben.

Hiervoor wees ik er al op dat hierover verschillend wordt gedacht. Naar mijn mening is er geen sprake van een volledige overlapping. Het kan immers zijn dat men drugs gebruikt die door een ander worden toegediend, bijvoorbeeld wanneer een ander de shot met heroïne geeft. Degene die de heroïne geïnjecteerd krijgt gebruikt wel, maar hij lijkt mij niet aanwezig te hebben.^[19] Ook wanneer de een de ander een trekje laat nemen van een joint zonder dat de eerstgenoemde deze joint uit handen geeft, schept dat nog geen aanwezig hebben voor de ander, terwijl die wel gebruikt. Maar zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Hoge Raad gaat ervan uit dat degene die gebruikt ook aanwezig heeft. Neemt men dat als uitgangspunt, dan kan het niet anders dan dat artikel 3.3.4 van de APV het verbod van de Opiumwet dupliceert, ongeacht het motief dat aan de bepaling in de APV ten grondslag ligt.^[20] In casu is dus wel degelijk sprake van een niet-toegestane duplicering van de wet in formele zin. Het hof heeft daarom ten onrechte art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008 verbindend geacht, in ieder geval voor zover het betreft het in het openbaar gebruiken van verdovende middelen.

- 4.12 Dan rijst de vraag waartoe het slagen van de klachten moet leiden. Beide schriften laten het bij het verzoek om het arrest van het hof te vernietigen. Is het aangewezen dat de Hoge Raad het bestreden arrest vernietigt wegens onverbindendheid van artikel 3.3.4 (oud) APV Rotterdam 2008 voor zover het strafbaar stelt het gebruiken, en vervolgens eigenhandig verdachte van rechtsvervolging ontslaat? Wordt er dan niet aan voorbij gezien dat het bewezenverklarde gebruiken van een middel als bedoeld in artikel 3 van de Opiumwet in de ogen van de Afdeling bestuursrechtspraak en van de Hoge Raad automatisch het aanwezig hebben impliceert en dus onder artikel 3 C van de Opiumwet valt? In beginsel wordt niet strafrechtelijk opgetreden tegen het aanwezig hebben van hoeveelheden van een henneproduct tot en met 5 gram, de geringe hoeveelheid voor eigen gebruik. Zie de Aanwijzing Opiumwet (2012A021, *Stcr.* 2012, nr. 26938). Maar algemeen uitgangspunt in deze Aanwijzing is dat alleen in verband van het coffeeshopbeleid en de gebruikersruimte sprake is van gedogen, hetgeen wat anders is dan een lage opsporingsprioriteit. Dat er sprake is van een lage opsporingsprioriteit wil nog niet zeggen dat zich geen omstandigheden kunnen voordoen waarin een strafrechtelijk optreden in het kader van de Opiumwet opportuun kan zijn. Ik kan mij bijvoorbeeld voorstellen dat optreden gewenst is wanneer joints worden gerookt op een kinderspeelplaats of een schoolplein. Ook kan ik mij voorstellen dat het onverbindend verklaren van het gemeentelijk blowverbod aanleiding geeft voor (nieuw) overleg tussen het Openbaar Ministerie en het lokale bestuur over de invulling van de handhaving van artikel 3, aanhef en onder C, Opiumwet. Omdat het hier gaat om een proefproces lijkt het mij zinvol dat de hele strafrechtelijke weg tot het einde wordt afgelopen. Dat betekent dat het mijn voorkeur heeft om het bestreden arrest te vernietigen en de zaak terug te wijzen naar het gerechtshof.

Uitspraak

Hoge Raad:

2. Beoordeling van het namens de verdachte voorgestelde middel

- 2.1. Het middel bevat de klacht dat het Hof ten onrechte art. 3.3.4 Algemene Plaatselijke Verordening Rotterdam 2008 (hierna: APV Rotterdam 2008) verbindend heeft geacht, althans dat het oordeel van het Hof daaromtrent ontoereikend is gemotiveerd.
- 2.2.1. Overeenkomstig de tenlastelegging is ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

“hij op 3 oktober 2012 in de gemeente Rotterdam, op of aan de weg, de Ochterveltstraat, te weten in een portiek dat toegang verschaft tot woningen, een middel als bedoeld in artikel 3 van de Opiumwet heeft gebruikt, immers heeft hij, verdachte, een joint (wiet) gerookt.”
- 2.2.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:
 - “1. Een kruisproces-verbaal openlijk drugsgebruik d.d. 3 oktober 2012 van de politie Rotterdam-Rijnmond met BVH registratienummer 2012492978. Dit proces-verbaal houdt onder meer in — zakelijk weergegeven —:

als relaas van de betreffende opsporingsambtenaren:
Wij, verbalisanten P. en B., zagen dat de verdachte op 3 oktober 2012 op de Ochterveltstraat te Rotterdam een brandende joint in zijn hand hield. Wij zagen dat het drugsgebruik plaatsvond in een portiek welke toegang verschaft tot meerdere woningen. Wij zagen dat door de verdachte wiet (een joint) werd gebruikt. Wij herkenden dit middel als zodanig vanwege de geur, vorm en wijze van gebruik. Wij roken een sterke geur, welke wij herkenden als zijnde de geur afkomstig van het blowen. Wij zagen dat het blowen voor overlast zorgde voor andere personen. Wij zagen namelijk dat een bewoner naar buiten kwam en klaagde over stinkende rook/geur. Wij hielden de verdachte staande. De verdachte gaf op te zijn genaamd: H., geboren in 1992 te S.
 2. De verklaring van verdachte opgenomen in het kruisprocesverbaal openlijk drugsgebruik d.d. 3 oktober 2012 van de politie Rotterdam-Rijnmond met BVH- registratienummer 2012492978.

De verdachte verklaarde: Ik beken het gebruik van verdovende middelen. Ik gebruikte een joint (wiet). We hebben een joint gekocht en we hebben die in de portiek opgerookt. Ik wist dat een joint roken op de openbare weg niet mag.
 3. De verdachte heeft ter terechtzitting in eerste aanleg van 17 januari 2013 verklaard — zakelijk weergegeven —:

De verklaring die ik bij de verbalisant (het hof begrijpt, de politie) heb afgelegd klopt.”
- 2.3.1. De tenlastelegging is toegesneden op art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008, zoals dit gold ten tijde van het tenlastegelegde en bewezenverklaarde feit. Dit artikel luidt:

“Openlijk drugsgebruik

Het is verboden op of aan de weg, op een andere voor publiek toegankelijke plaats of in een voor publiek toegankelijk gebouw middelen als bedoeld in de artikelen 2 of 3 van de Opiumwet of daarop gelijkende waar te gebruiken, toe te dienen, dan wel voorbereidingen daartoe te verrichten of ten behoeve van dat gebruik voorwerpen of stoffen voorhanden te hebben.”

2.3.2. De toelichting op dit artikel houdt het volgende in:

“Vele druggebruikers gebruiken hun (hard) drugs — of treffen daartoe voorbereidingen — in het openbaar. Dit veroorzaakt veel gevoelens van onbehagen en onveiligheid bij het publiek. Op basis van artikel 3.3.4 kan de politie overgaan tot aanhouding van de betrokken gebruikers of deze van bepaalde — bij hen favoriete — plekken wegsturen. Ook kan de politie de voorwerpen waarmee de overtreding wordt gepleegd (hulpmiddelen, drugs) strafrechtelijk in beslag nemen. (...)”

Het in artikel 3.3.4 gestelde verbod is in beginsel gerelateerd aan het (openlijk) gebruik van drugs en richt zich dus tot de drugsgebruikers. (Gemeentebld 2008, nummer 99 + 143, pagina 180).”

2.4. De bestreden uitspraak houdt onder het opschrift ‘Overwegingen met betrekking tot de strafbaarheid van het feit’ onder meer het volgende in.

“Gelet op de wetgeschiedenis en de jurisprudentie, onder andere de Hoge Raad in zijn arrest van 19 februari 2013 (ECLI:NL:2013:BY5725), komt het Hof tot het oordeel dat artikel 3 onder C van de Opiumwet naar zijn aard niet uitputtend is bedoeld.

In beginsel bestaat er derhalve ruimte voor de gemeentelijke wetgever om aanvullend regels te bepalen ten aanzien van hetgeen is strafbaar gesteld in artikel 3, onder C van de Opiumwet. Dit moet dan echter wel vanuit een ander motief plaatsvinden.

Het hof overweegt in dit verband — mede gelet op de parlementaire geschiedenis van die wet en de uitspraak van de Hoge Raad van 17 november 1992 (HR 17 november 1992, *NJ* 1993/409) — dat de Opiumwet het belang van de volksgezondheid beschermt. Artikel 13b van de Opiumwet, dat in werking is getreden na genoemd arrest van de Hoge Raad, maakt dit niet anders. Dit artikel ziet, blijkens de hiervoor genoemde vindplaats, op de bevoegdheid die de burgemeester heeft om bestuursdwang toe te passen in de gevallen waarin in een voor het publiek toegankelijk lokaal en daarbij behorende erven middelen als bedoeld in de artikelen 2 en 3 van de Opiumwet worden verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel deze middelen daartoe aanwezig zijn. Met voor publiek toegankelijke lokalen is bedoeld op alle gelegenheden die, al dan niet met enige beperking, zoals entreegeld, vrijelijk toegankelijk zijn.

Met de invoering van artikel 13b van de Opiumwet is weliswaar ten aanzien van bepaalde handelingen een bepaling met een openbaar orde motief toegevoegd, maar daarmee is niet bedoeld te bewerkstelligen dat artikel 3 (waaronder C) van de Opiumwet op zichzelf mede het belang van de openbare orde is gaan beschermen. Dit blijkt onder meer uit de Kamerstukken bij de wijziging van artikel 13b van de Opiumwet waar is opgenomen dat het motief van de Opiumwet primair blijft gericht op bescherming van de volksgezondheid ([Kamerstukken 1996/97, II, 25324, nr. 3](#), p. 5).

Tenslotte overweegt het Hof in dit verband dat het bewezenverklaarde strafbare feit zich heeft afgespeeld op de openbare weg waarop artikel 13b van de Opiumwet in het geheel geen betrekking heeft.

Artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam is blijkens de tekst en de toelichting op dit artikel ingegeven uit een motief van openbare orde en beoogt daarmee een ander motief dan artikel 3 (waaronder C) van de Opiumwet.

Op grond van het vorenstaande is het hof dan ook van oordeel dat artikel 3 onder C van de Opiumwet niet in de weg staat aan de verbindendheid van artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam. Het hof acht artikel 3.3.4 van de APV Rotterdam dan ook verbindend. Hetgeen de verdediging in deze nog heeft aangevoerd, kan hieraan niet afdoen. De in dit verband door de verdediging genoemde uitspraak van de Raad van State van 13 juli 2011 (*LJN*: BR1425) ziet naar het oordeel van het hof niet op de onderhavige situatie, maar op een preventief blowverbod ten aanzien van een kinderspeelplaats en een gebiedsverbod. Terwijl het in de onderhavige zaak gaat om gepleegd overlastgevend gedrag op de openbare weg.”

2.5.1. Voor de beoordeling van het middel zijn de navolgende artikelen van de Opiumwet van belang:

Art. 2, dat luidt:

“Het is verboden een middel als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst I dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid:

- A. binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen;
- B. te telen te bereiden, te bewerken, te verwerken, te verkopen, af te leveren, te verstrekken of te vervoeren;
- C. aanwezig te hebben;
- D. te vervaardigen.”

Art. 3, dat luidt:

“Het is verboden een middel als bedoeld in de bij deze wet behorende lijst II dan wel aangewezen krachtens artikel 3a, vijfde lid:

- A. binnen of buiten het grondgebied van Nederland te brengen;
- B. te telen, te bereiden, te bewerken, te verwerken, te verkopen, af te leveren, te verstrekken of te vervoeren;
- C. aanwezig te hebben;
- D. te vervaardigen.”

Art. 11, dat luidt:

- “1. Hij die handelt in strijd met een in artikel 3 gegeven verbod, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie.
- 2. Hij die opzettelijk handelt in strijd met een in artikel 3 onder B, C of D, gegeven verbod, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie. (...)
- 6. Het tweede lid is niet van toepassing, indien het feit betrekking heeft op een hoeveelheid van hennep of hasjiesj van ten hoogste 30 gram. (...)

2.5.2. De memorie van antwoord bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Opiumwet en enige daarmee verband houdende bepalingen in andere wetten, houdt het volgende in:

“1.De doelstelling en strekking van het wetsontwerp

Alvorens de door de leden van de Bijzondere commissie voor het Drugbeleid gestelde vragen te beantwoorden, herinneren de ondergetekenden aan hun nota dd. 4 januari 1974.

De daarin vervatte beleidsvoornemens liggen aan de basis van de in het onderhavige wetsontwerp geconcretiseerde legislatieve voorstellen.

De leden van de P.v.d.A.-fractie stelden vragen met betrekking tot het strafbaar stellen van en het verband tussen «aanwezig hebben» en «aanwenden» van de onder het wetsontwerp vallende middelen.

De ontworpen artikelen 2 en 3 stellen het ‘aanwezig hebben’ strafbaar.

Het ligt voor de hand dat in de meeste gevallen bij de gebruiker een kleine hoeveelheid van het middel wordt aangetroffen. Het strafbaar stellen van aanwenden is derhalve overbodig.

Door het openbaar ministerie wordt ook onder de geldende Opiumwet bijna steeds ‘aanwezig hebben’ ten laste gelegd, daar dit eenvoudiger aan te tonen is dan ‘gebruik’ (aanwenden). De opmerking in de memorie van toelichting, dat het voorstel om het woord ‘aanwenden’ te schrappen geen wijziging in de strafrechtelijke positie van de gebruiker brengt, berust op bovenvermelde omstandigheden. Het is niet de bedoeling aan de term ‘aanwezig hebben’ een zo ruime uitleg te geven dat daaronder ook ‘gebruik’ valt.

De vraag van de P.v.d.A.-fractie of de gebruiker, indien bij hem geen bezit van middelen kan worden vastgesteld, in principe vervolgbaar en strafbaar blijft, moet dan ook ontkennend worden beantwoord. Een dergelijk geval zal zich echter zelden voordoen. De ondergetekenden menen hiermee de tweede zin van de tweede volle alinea op blz. 14 (daar ‘aanwezig hebben’, hetwelk eveneens verboden is, ‘aanwenden’ mede omvat) in de memorie van toelichting voldoende nader te hebben toegelicht.

Met het bovenstaande is ook ten dele de vraag van de leden van de V.V.D.-fractie waarom wordt voorgesteld het ‘aanwenden’ uit de reeks van strafbaar gestelde handelingen te lichten, indien dit toch geen wijziging in de strafrechtelijke positie van de gebruiker betekent, beantwoord. Zoals bekend, verplicht artikel 36 van het Enkelvoudig Verdrag de partijen ook niet het gebruik strafbaar te stellen.

De leden van de P.v.d.A.-fractie zouden de term ‘aanwezig hebben’ willen vervangen door de term ‘bezit’. De ondergetekenden geven de voorkeur aan de woorden ‘aanwezig hebben’, omdat daarmee een zuiver feitelijke situatie wordt aangeduid, terwijl men bij het woord ‘bezit’ nog aan een juridische kwalificatie zou kunnen denken.”

(Kamerstukken II 1975/76, 13 407, nr. 7, p 1-2)

- 2.6. Blijkens de toelichting op art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008 strekt dit artikel ertoe te voorkomen dat gevoelens van onbehagen en onveiligheid bij het publiek ontstaan die worden veroorzaakt door het in het openbaar gebruiken van drugs. Met deze bepaling is dus het belang van de handhaving van de openbare orde gediend. Daartoe is — voor zover in cassatie van belang — strafbaar gesteld het op of aan de weg, op een andere voor het publiek toegankelijke plaats of in een voor het publiek toegankelijk gebouw middelen als bedoeld in de art. 2 of 3 van de Opiumwet te gebruiken.
- 2.7. De Opiumwet stelt, zoals volgt uit hetgeen is weergegeven in 2.5.1 en 2.5.2, het enkele gebruiken van een middel als bedoeld in art. 2 en 3 van deze wet niet als zodanig strafbaar. De tekst van het arrest HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4923 heeft in dit verband aanleiding gegeven tot misverstand. Het ging in dat arrest (onder meer) om de vraag of de door de Noorse autoriteiten verzochte uitlevering gelet op het vereiste van dubbele strafbaarheid ook ter zake van de veroordeling voor het roken van hasj toelaatbaar kon worden verklaard. Deze vraag is door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Daartoe

is in de specifieke context van de beoordeling van de dubbele strafbaarheid in het uitleveringsrecht onder meer overwogen dat 'het roken van hasj immers het aanwezig hebben ervan impliceert, waarop bij art. 3, aanhef en onder C, in verbinding met art. 11, eerste lid, Opiumwet hechtenis is gesteld voor ten hoogste een maand'. In het oordeel van de Hoge Raad dat de uitlevering toelaatbaar kan worden verklaard, ook voor zover betrekking hebbende op het aanwezig hebben van hasj, ligt niet als zijn oordeel besloten dat in art. 3, aanhef en onder C, Opiumwet ook het gebruiken van hasj strafbaar is gesteld.

- 2.8. Gelet op art. 149 Gemeentewet, inhoudende dat de raad van een gemeente de verordeningen maakt die hij in het belang der gemeente — waaronder de handhaving van de openbare orde — nodig oordeelt, en art. 121 Gemeentewet, inhoudende, kort gezegd, dat een gemeente bevoegd is tot het maken van (aanvullende) verordeningen, voor zover deze niet in strijd zijn met hogere regelingen, en in aanmerking genomen dat — gezien hetgeen hiervoor is overwogen — voormeld art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008 wat betreft bedoeld 'gebruiken' de voorschriften van de Opiumwet niet dupliceert, moet worden geoordeeld dat de Raad van de gemeente Rotterdam met betrekking tot dat verbod niet buiten zijn verordenende bevoegdheid is getreden door in art. 3.3.4 mede te verbieden het op of aan de weg, op een andere voor publiek toegankelijke plaats of in een voor publiek toegankelijk gebouw middelen als bedoeld in de art. 2 of 3 van de Opiumwet gebruiken (vgl. HR 19 februari 2013, [ECLI:NL:HR:2003:BY5725](#), NJ 2013/323 en RvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9048 ten aanzien van art. 2.7 lid 2 APV Amsterdam 2008). Anders dan het middel betoogt, staat de Opiumwet in zoverre niet in de weg aan de verbindendheid van deze APV-bepaling. Het oordeel van het Hof is dus juist.
3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het door de Advocaat-Generaal bij het Hof ingestelde beroep
- 3.1. Het door de Advocaat-Generaal bij het Hof voorgestelde middel klaagt dat het Hof ten onrechte art. 3.3.4 APV Rotterdam 2008 verbindend heeft geacht. In de toelichting bij het middel heeft de Advocaat-Generaal bij het Hof betoogd zich te kunnen verenigen met de door het Hof gegeven beslissing, maar cassatieberoep te hebben ingesteld ter wille van de rechtszekerheid.
- 3.2. Gelet op hetgeen onder 2 is geoordeeld omtrent het gelijkkluidende namens de verdachte voorgestelde middel, kan niet blijken van enig in rechte te respecteren belang van de Advocaat-Generaal bij het Hof bij zijn middel. De Advocaat-Generaal bij het Hof zal daarom niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn beroep.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het door de verdachte ingestelde beroep;

verklaart de Advocaat-Generaal bij het Hof niet-ontvankelijk in het door hem ingestelde beroep.

Noot

Auteur: N. Rozemond

1. Op 13 juli 2011 besliste de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat het blowverbod in de Amsterdamse APV onverbindend was omdat dit verbod art. 3 aanhef en onder C van de Opiumwet zou dupliceren (ABRvS 11 juli 2011, *AB* 2011/250, m.nt. Brouwer en Schilder). Art. 2.17 lid 4 van de Algemene Plaatselijke Verordening Amsterdam 2008 verbood het 'gebruiken en openlijk voorhanden hebben' van softdrugs op wegen en weggedeelten die door de burgemeester zijn aangewezen. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak impliceert het gebruik en het voorhanden hebben van softdrugs het aanwezig hebben daarvan in de zin van art. 3 Opiumwet. De Afdeling verwees ter onderbouwing van dat standpunt naar een arrest van de Hoge Raad van 14 december 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AR4923) en naar de parlementaire geschiedenis van de Opiumwet ([Kamerstukken II 1974/75, 13 407, nr. 3](#), p. 14, 19 en 20). Met deze uitspraak beperkte de Afdeling bestuursrechtspraak de motieftheorie: in geval van het dupliceren van een hogere regeling is het motief om de openbare orde te beschermen niet relevant voor de verbindendheid van de verordening (zie de noot van Brouwer en Schilder onder de uitspraak). De Hoge Raad besliste in een arrest van 19 februari 2013 (*AB* 2013/177, m.nt. Brouwer en Schilder, *NJ* 2013/323, m.nt. Rozemond) dat een andere bepaling in de Amsterdamse APV niet onverbindend was. In deze bepaling was het verbod opgenomen om 'zich op of aan de weg op te houden' wanneer aannemelijk is dat dit gebeurt om middelen in de zin van art. 2 en 3 Opiumwet te kopen of te koop aan te bieden. Volgens de Hoge Raad vereist strafbaarheid ingevolge deze APV-bepaling geen strafwaardige betrokkenheid bij het kopen of te koop aanbieden van de in de Opiumwet genoemde middelen, terwijl overtreding van de bepaling niet impliceert dat de Opiumwet wordt overtreden. Daarmee onderscheidde deze zaak zich volgens de Hoge Raad van de zaak waarop de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak betrekking had. Het zich ophouden op of aan de weg is een andere gedraging dan het aanwezig hebben van drugs (zie ook ABRvS 1 mei 2013, *AB* 2013/188, m.nt. Brouwer en Schilder).
Wanneer een verbod in een APV in abstracto een andere handeling beschrijft dan het aanwezig hebben van drugs, zoals het zich ophouden op de weg met de bedoeling om drugs te verkopen, is er geen sprake van het dupliceren van verboden uit de Opiumwet. Uit de betreffende zaak bleek niet dat de verdachte zelf drugs aanwezig had, maar wel dat hij zich op de weg ophield met het kennelijke doel om kopers van drugs te ronselen. Hij had mensen op straat aangesproken met de woorden 'mijn vriend staat daar, willen jullie cocaïne of heroïne?' Het is in een dergelijk geval niet uitgesloten dat de gedraging van de verdachte in samenhang met de gedraging van zijn vriend onder de Opiumwet valt (bijvoorbeeld in de vorm van het medeplegen van het aanwezig hebben van drugs). Dat lijkt echter niet relevant te zijn volgens de Hoge Raad. Het gaat om een toetsing in abstracto in de vorm van een vergelijking van de gedragingen zoals zij in de verschillende verboden zijn omschreven en niet om een toetsing in concreto van de strafbaarheid van de gedragingen zoals zij feitelijk zijn verricht.
Uit de verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 13 juli 2011 zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad wel instemde met de redenering dat het gebruiken het aanwezig hebben impliceert. Een verbod in een APV op het gebruiken van drugs zou niet zijn toegestaan omdat daarmee het verbod op het aanwezig hebben uit art. 2 en 3 Opiumwet zou worden gedupliceerd. In het arrest 13 oktober 2015 neemt de Hoge Raad echter afstand van deze redenering (zie ook HR 17 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3328). Volgens de Hoge Raad is het enkele gebruiken van drugs niet als zodanig strafbaar op grond van de Opiumwet (overweging 2.7).

Uit deze overweging kan worden afgeleid dat het inderdaad om een toetsing in abstracto gaat en dat het niet relevant is of de gedragingen van de verdachte in concreto strafbaar zijn op grond van de Opiumwet. In de meeste gevallen zal bij gebruiken van drugs immers ook sprake zijn van aanwezig hebben. Dat heeft echter niet tot gevolg dat het verbod op gebruiken onverbindend is, mede gelet op het feit dat met dat verbod het belang van de handhaving van de openbare orde is gediend. Het gaat bij een dergelijk verbod om het voorkomen van gevoelens van onbehagen en onveiligheid bij het publiek die worden veroorzaakt door het gebruiken van drugs in het openbaar (overweging 2.6).

2. De Hoge Raad gebruikt voor zijn beslissing twee argumenten. Allereerst verwijst de Hoge Raad naar de parlementaire geschiedenis van de Opiumwet ([Kamerstukken II 1975/76, 13 407, nr. 7](#), p. 1-2). Uit de memorie van antwoord leidt de Hoge Raad af dat de Opiumwet het gebruiken en het aanwezig hebben niet zonder meer gelijkstelt. Het ligt volgens de aangehaalde passage voor de hand dat in de meeste gevallen bij de gebruiker een kleine hoeveelheid van het middel wordt aangetroffen. Het strafbaar stellen van aanwenden is daarom overbodig, aldus de memorie van antwoord. Vervolging wegens aanwezig hebben is volgens de memorie ook eenvoudiger dan vervolging voor gebruik. Het is niet de bedoeling om het aanwezig hebben een zo ruime uitleg te geven dat daaronder ook het gebruiken valt. Wanneer bij de gebruiker geen bezit kan worden vastgesteld, is hij niet strafbaar, maar een dergelijk geval zal zich volgens de memorie van antwoord zelden voordoen (zie ook punt 4.9 van de conclusie van A-G Machielse en Blom en Büller, 'Gebruik is niet strafbaar gesteld in de Opiumwet', *NJB* 2011/1876).

Uit de betreffende passage kan worden afgeleid dat gebruiken en aanwezig hebben verschillende betekenissen hebben, hoewel bij gebruik meestal wel sprake zal zijn van aanwezig hebben. Door deze (subtiele) betekenisverschillen is naar het oordeel van de Hoge Raad geen sprake van het dupliceren van art. 2 en 3 Opiumwet wanneer het openlijke gebruiken van drugs wordt verboden in een APV. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verwees in haar uitspraak van 13 juli 2011 niet naar de memorie van antwoord, maar naar de memorie van toelichting waarin gebruiken en aanwezig hebben aan elkaar gelijk worden gesteld. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de latere nuancering in de memorie van antwoord niet bij haar beslissing betrokken, maar dat is volgens de Hoge Raad onterecht.

Een tweede argument van de Hoge Raad heeft betrekking op zijn arrest van 14 december 2004. Het ging in dat arrest om de toetsing van de dubbele strafbaarheid van een gedraging die was omschreven in een uitleveringsverzoek van Noorwegen. De opgeëiste persoon was in Noorwegen veroordeeld voor het roken van hasj. Volgens de Hoge Raad was die gedraging naar Nederlands recht strafbaar omdat het roken van hasj het aanwezig hebben ervan impliceert. Daarmee was voldaan aan het vereiste van dubbele strafbaarheid uit art. 2 van het Europees uitleveringsverdrag. Bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid van een gedraging in een uitleveringsverzoek gaat het niet om een vergelijking van strafbepalingen in abstracto. Het is niet vereist dat de Nederlandse strafbepaling een equivalent is van de strafbepaling van de verzoekende staat. Wel is vereist dat de gedraging strafbaar is op grond van een Nederlandse strafbepaling, mits deze bepaling in de kern hetzelfde rechtsgoed beschermt als de strafbepaling van de verzoekende staat (Glerum en Rozemond, 'Uitlevering', in Van Elst en Van Sliedregt (*red.*), *Handboek internationaal strafrecht* 2015, p. 203-204). Het oordeel dat in een concreet geval het roken van hasj strafbaar is op grond van art. 3 jo. art. 11 Opiumwet impliceert daarom niet dat de Noorse strafbaarstelling van het gebruiken van drugs

precies dezelfde inhoud heeft als de Nederlandse strafbaarstelling van het aanwezig hebben van drugs. De Afdeling bestuursrechtspraak had wel die conclusie getrokken op grond van het arrest van 14 december 2004, maar die conclusie berust volgens de Hoge Raad op een misverstand.

3. Is de argumentatie van de Hoge Raad overtuigend? Het is inderdaad mogelijk om in abstracto verschillende betekenissen toe te kennen aan gebruiken en aanwezig hebben van drugs. Het is wellicht ook mogelijk om gevallen te bedenken die wel gebruiken opleveren, maar niet aanwezig hebben. Het is echter de vraag of die verschillen en gevallen rechtvaardigen dat een gemeente bij APV het openlijke gebruiken van drugs verbiedt. Het probleem daarbij is dat het om hypothetische en uitzonderlijke gevallen gaat, zoals het toedienen van drugs aan een ander die dan wel gebruikt, maar niet aanwezig heeft (zie punt 4.11 van de conclusie van Machielse). Het is overduidelijk niet de strekking van een gebruikverbod in een APV om vooral die uitzonderlijke gevallen te kunnen bestrijden ter bescherming van de openbare orde (er zou hier bovendien sprake kunnen zijn van medeplegen door de gebruiker van aanwezig hebben).

Er kan wel een ander betekenisverschil worden geconstrueerd tussen gebruiken en aanwezig hebben dat een gebruikverbod zou kunnen rechtvaardigen. Gebruiken van drugs kan een specifieke vorm van aanwezig hebben opleveren. Die specifieke vorm kan een zodanige overlast veroorzaken dat een gebruikverbod gerechtvaardigd kan zijn. Bij deze constructie moet echter wel worden erkend dat het overlast veroorzakende gebruiken het aanwezig hebben van drugs veronderstelt. Het gaat immers om het hinderlijke gebruiken van drugs dat voor derden waarneembaar is en bijvoorbeeld stankoverlast veroorzaakt. De hinderlijke aanwezigheid in de vorm van het openlijke gebruiken kan gevoelens van onbehagen en onveiligheid oproepen. Deze specifieke aard van het openlijke gebruiken rechtvaardigt een verbod daarvan ter bescherming van de openbare orde, zoals de toelichting op het Rotterdamse verbod aangeeft (zie ook de overwegingen van het Hof Den Haag in deze zaak).

Het overlast veroorzakende gebruiken in het openbaar is als zodanig niet in de Opiumwet strafbaar gesteld en het gebruiken op zich is ook niet strafbaar gesteld in deze wet. Het gebruiken van drugs is wel de enige specifieke gedraging die de volksgezondheid daadwerkelijk aantast. Kennelijk heeft de wetgever het gebruiken niet zonder meer willen criminaliseren. De verboden gedragingen in de Opiumwet betreffen de activiteiten die de voorwaarden voor gebruiken scheppen en daarmee het gevaar voor de volksgezondheid in het leven roepen. Het gaat vooral om het produceren, distribueren en verkopen van drugs: ter bescherming van de volksgezondheid moet de handel in drugs strafrechtelijk worden bestreden en niet het gebruik. Op grond van art. 13b lid 1 Opiumwet heeft de burgemeester wel de bevoegdheid om op te treden tegen overlast bij woningen, lokalen of erven waar in drugs wordt gehandeld. Uit de wettekst blijkt dat het daarbij niet om het bestrijden van gebruik gaat, maar om het bestrijden van handel en het aanwezig hebben van drugs met het doel om ze te verhandelen.

In de Aanwijzing Opiumwet (*Stcrt.* 2015, 5391) wordt over gebruik van harddrugs opgemerkt: 'In het geval van een geringe hoeveelheid voor eigen gebruik dient de hulpverlening aan de gebruiker voorop te staan. Contacten met verslavingszorginstellingen en (eventueel) andere hulpverleningsinstellingen moeten in een vroeg stadium gelegd worden.' Volgens de Aanwijzing vindt geen gerichte opsporing van gebruik plaats en wordt slechts vervolgd ter ondersteuning van de hulpverlening. Het aanwezig hebben van een geringe hoeveelheid henneproducten voor eigen gebruik tot 5 gram wordt volgens de Aanwijzing Opiumwet 'in beginsel' niet vervolgd. De toevoeging 'in beginsel' maakt het mogelijk dat kan worden vervolgd in verband met overlast veroorzakend

gebruik van softdrugs na afspraken hierover in het driehoeksoverleg (in eerdere aanwijzingen werd het politiesepot voorgeschreven, zie [Kamerstukken II 2014/15, 24 077, nr. 342](#), p. 28).

De Aanwijzing Opiumwet bevat behalve het zeer vage ‘in beginsel’ geen specifieke aanwijzingen voor de bestrijding van overlast door het gebruiken van softdrugs en harddrugs in het openbaar. Ook de Opiumwet bevat geen specifieke regels voor het bestrijden van een dergelijke overlast. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat gemeenten de bevoegdheid moeten hebben om verordeningen af te kondigen die voor alle burgers duidelijkheid verschaffen over drugsgebruik in het openbaar. Dergelijke verordeningen zijn in het belang van een gemeente en haar burgers en ze zijn niet in strijd met hogere regelingen die hierover geen uitputtende regels bevatten.

Voetnoten

- [2.] Vgl. HR 15 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:AC3982, *NJ* 1991/668 en HR 13 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3188, *NJ* 2002/261.
- [3.] ABRvS 29 juni 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ9684, *JB* 2011/250, m.nt. Schutgens en HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5725, *NJ* 2013/323, m.nt. Rozemond, *AB* 2013/177, m.nt. Brouwer en Schilder.
- [4.] T. Blom, ‘Opiumwetgeving en drugsbeleid’, Deventer: Kluwer 2008, p. 190.
- [5.] Zie over deze ‘oneigenlijke aanvulling’ bijv. E. Brederveld e.a., ‘Begrip van de Nederlandse gemeente’, tweede druk 1990, deel 1, p. 201-203; S.E. Zijlstra e.a., ‘Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid’, Deventer: Kluwer 2012, p. 371-373.
- [6.] [Kamerstukken II 1996/97, 25 324, nr. 3](#), p. 5.
- [7.] ECLI:NL:PHR:2013:BY5725, alinea 3.10.
- [8.] ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1425, *AB* 2011/250, m.nt. Brouwer en Schilder, rov. 2.3.
- [9.] ‘Blowen’ is (al) strafbaar op grond van de Opiumwet, *NJB* 2006/896.
- [10.] Tom Blom/Niels Büller, Gebruik is niet strafbaar in de Opiumwet, *NJB* 2011/1876, p. 2511 e.v.
- [11.] [Kamerstukken II 1974/75, 13407, nr. 6](#), p. 2.
- [12.] [Kamerstukken II 1975/76, 13407, nr. 7](#), p.1-2.
- [13.] [Kamerstukken II 1974/75, 13407](#), nrs 1-3, p. 20.
- [14.] HR 21 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8885, *NJ* 1986/676 waarin de APV-bepaling uitdrukkelijk de eigen toepasbaarheid beperkte door de woorden ‘onverminderd het bepaalde in de Opiumwet’, en HR 17 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:AD1779, *NJ* 1993/409, waarin dezelfde beperking de APV kenmerkte.
- [15.] ECLI:NL:HR:2013:BY5725, *NJ* 2013/323, m.nt. Rozemond, rov. 2.4.
- [16.] *Gst.* 2013/57. De verwijzing van de HR naar artikel 121 Gemeentewet acht Hennekens onjuist omdat dat artikel refereert aan de eigenlijke aanvullingsbevoegdheid, waarvoor cruciaal is of de hogere regeling, in dit geval dus de Opiumwet, nog ruimte laat om het in deze wet geregelde onderwerp bij autonome gemeentelijke verordening aan te vullen. Deze vraag dient volgens Hennekens ontkennend te worden beantwoord. Ik lees de overwegingen van de HR aldus dat hij aangeeft in welk artikel van de Gemeentewet de verordenende bevoegdheid in het algemeen ligt verankerd en vervolgens herinnert aan de beperking die de wet kan stellen aan de verordenende bevoegdheid van de gemeente door het onderwerp exclusief te claimen. Dat wordt door art. 121 Gemeentewet uitgedrukt en dat is alles. Zie Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Gemeentewet en haar toepassing, artikel 121 Gemw, aant. 2. Vervolgens doet de HR dan blijken van oordeel te zijn dat de gemeentelijke wetgever zich niet op dat exclusieve terrein heeft begeven. De HR in de schoenen schuiven dat hij van mening zou zijn dat de gemeentelijke wetgever hier van een eigenlijke aanvullende verordenende bevoegdheid gebruik zou hebben gemaakt geeft volgens mij blijkt van een onjuiste en onwelwillende lezing. Dat nog daargelaten rijst de vraag of de gemeentelijke wetgever die de hogere regeling slaafs kopieert niet automatisch ook dat onderwerp regelt. Als het de gemeentelijke wetgever daarbij te doen is om de handhaving en bescherming van de openbare orde zou er een ander motief ten grondslag liggen aan het gemeentelijk verbod en zou er sprake zijn van oneigenlijke aanvulling. En alleen als de lagere regeling de werking van een hogere regeling frustreert of doorkruist is volgens Hennekens zo een oneigenlijke aanvulling verboden. En dan komen we bij de opmerking van de kantonrechter in de onderhavige zaak over zo een oneigenlijke aanvulling: “Voor zover het dan gaat om de strafbaarstelling van dezelfde gedragingen als reeds bestreken door de Opiumwet, wordt in het geheel geen aanvulling toegestaan door de gemeentelijke wetgever, dus ongeacht het motief dat daaraan ten grondslag zal worden gelegd. Net zomin

als een ruimte zou zijn voor de lokale wetgever om bijvoorbeeld moord 'op of aan de openbare weg' strafbaar te stellen omdat het zo rommelig oogt in het straatbeeld."

[17.] ECLI:NL:RVS:2011:BR1425.

[18.] Het kan toch niet de bedoeling zijn dat de gemeentelijke wetgever door het strafbaar stellen bijvoorbeeld van het aan of op de openbare weg aanwezig hebben van drugs, door het aldus creëren van een specialis de bepalingen van de Opiumwet opzij zou kunnen zetten. Als men zich enkel zou verlaten op motief of belang als afgrenzing, zou zo een absurde mogelijkheid onder ogen gezien moeten worden.

[19.] Vgl. HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6053 voor de uitleg van 'voorhanden hebben' in art. 416 Sr; voor voorhanden hebben als bedoeld in artikel 26 WWM HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN7725.

[20.] Vgl. de door Glerum genoemde arresten van de HR: HR 28 november 1989, *NJ* 1990/277 en HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4923, rov. 4.5: 'het roken van hasj impliceert immers het aanwezig hebben ervan'.